

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 8 de octubre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las representaciones legales de Laborservis Servicios Sociosanitarios S.L., Instituto Safman para la Formación y la Intervención. S.L., Servicios Profesionales y Sociales S.A., empresas en compromiso de UTE, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 10 de septiembre de 2020 por el que se excluye a las recurrentes del procedimiento de licitación del contrato de “Servicios que conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía (Artículo 312 de la Ley de Contratos del Sector Público) denominado Educación Social”, instado por el Ayuntamiento de Madrid. Número de expediente: 300/2020/00407, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 10 de julio de 2020 en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Madrid, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Públicos (en adelante PSCP), se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 22.037.707,64 euros y su plazo de duración será de 36 meses.

Segundo.- Antecedentes:

Tras el término del plazo de presentación de ofertas, el 29 de julio de 2020, concurrieron a la licitación las siguientes entidades:

Lote 1:

- Grupo 5 Acción y Gestión Social S.A.U.
- Laborservis Servicios Sociosanitarios S.L.

Lote 2:

- Asociación de Educadores Las Alamedillas.
- Laborservis Servicios Sociosanitarios S.L.

Reunida la Mesa de contratación el día 7 de agosto de 2020, acordó admitir a todos los licitadores excepto a Laborservis Servicios Sociosanitarios S.L., en ambos lotes. Concediendo a esta licitadora un plazo de tres días para subsanar los siguientes defectos y omisiones:

“En la Plataforma de Contratación del Sector Público, únicamente figura como licitadora la entidad LABORSERVIS SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SL con CIF B-88159918, sin embargo se presenta compromiso de constitución de UTE de las entidades LABORSERVIS SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SL con CIF B-88159918, INSTITUTO SAFMAN PARA LA FORMACIÓN Y LA INTERVENCIÓN. S.L., y SERVICIOS PROFESIONALES Y SOCIALES S.A. con CIF A80887011.

Asimismo se comprueba lo siguiente en la documentación presentada que deberá ser conveniente aclarado o subsanado:

En el DEUC de INSTITUTO SAFMAN PARA LA FORMACIÓN Y LA INTERVENCIÓN, indica que concurre en el procedimiento de contratación junto con otros, identificando

a PREVILABOR Y SERVICIOS PROFESIONALES SOCIALES, lo que contradice lo expuesto en el compromiso de constitución de UTE.

En el DEUC de LABORSERVIS SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SL, se indica que concurre en el procedimiento de contratación junto con otros, pero no los identifica.

En el DEUC de PREVILABOR, se indica que no concurre en el procedimiento de contratación junto con otros, y que aporta solvencia económica adicional al licitador LABORSERVIS SERVICIOS SOCIOSANITARIOS SL, lo que contradice lo expuesto en el DEUC de INSTITUTO SAFMAN PARA LA FORMACIÓN Y LA INTERVENCIÓN, que cita a esta entidad como concurrente en la licitación.

En el DEUC de SERVICIOS PROFESIONALES Y SOCIALES S.A, se indica que concurre en el procedimiento de contratación junto con otros, pero no los identifica.

En el sobre presentado en la PLATAFORMA, firma únicamente D. José Antonio Trujillo, que es quien se indica que será el representante de la UTE en caso de que resulte adjudicataria del presente contrato”.

Las licitadoras en compromiso de UTE intentan llevar a cabo las subsanaciones solicitadas, siendo imposible técnicamente incluir en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP) todas ellas por distintos problemas, que conllevan la comunicación del servicio técnico de la Plataforma con el Órgano de contratación para que amplíe el plazo de subsanación.

El plazo de subsanación es ampliado desde el día 25 de agosto por tres días hábiles más. Pasado el nuevo plazo concedido y no constando la subsanación solicitada en la PCSP, la Mesa de contratación en fecha 10 de septiembre de 2020, excluye a la recurrente de la licitación

Tercero.- El 25 de septiembre de 2020 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Laborservis Servicios Sociosanitarios S.L., Instituto Safman para la Formación y la Intervención S.L., Servicios Profesionales y Sociales S.A., empresas en compromiso de UTE en el que solicita la consideración de subsanados los defectos de la declaración de

cumplimiento de los requisitos previos para licitar, considerando que tras múltiples intentos de subsanar los Documentos Europeos Únicos de Contratación (en adelante DEUC) de las empresas concurrentes en compromiso de UTE, firmar cada representante el que corresponde a su empresa y firmar el archivo común que engloba todos los DEUC, sigue el sistema sin poder tramitar electrónicamente el envío por sobrepasar el peso de dichos archivos, habiendo ofrecido otras opciones de presentación de la documentación requerida.

El 1 de octubre de 2020, el Órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por Acuerdo de este Tribunal adoptado el 1 de octubre de 2020.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación de todos los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue adoptado el 10 de septiembre de 2020 y notificado el día 15 del mismo mes e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 25 de septiembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, se basa en la procedencia de la exclusión de una oferta cuando no ha podido ser subsanada convenientemente por motivos ajenos a la actora.

En el caso que nos ocupa se observa un hecho determinante, cual es la concurrencia en compromiso de UTE de tres empresas. Esta realidad es la pieza esencial del problema planteado.

Manifiestan las recurrentes que el primer problema que surge a la hora de subsanar, es que la PCSP ofrece un apartado para proceder a las subsanaciones, pero solo puede acceder una de ellas, Laborservis Servicios Sociosanitarios por ser la que inicialmente presento los DEUC de su empresa y del resto que conforman el compromiso de UTE.

Dicha imposibilidad es inicialmente resuelta por el servicio técnico de la PCSP dando instrucciones a las recurrentes para la habilitación de una sola dirección de correo electrónico al que accedan las tres para poder subsanar cada uno de los DEUC.

Efectuados estos trámites, las recurrentes intentan subsanar sus DEUC de la forma indicada y mediante la herramienta de la plataforma desarrollada a estos efectos. Tras múltiples errores, problemas, llamadas de teléfono al servicio técnico de la PCSP y demás inconvenientes que recoge el recurso ampliamente, es imposible la inserción de los tres DEUC más el archivo de presentación (sobre) que también debe ir firmado por los tres representantes legales del compromiso de UTE. Esta imposibilidad radica en el peso de las firmas, seis en total, que hacen imposible la recepción y envío del archivo.

Ante la problemática planteada las recurrentes, el día 19 de agosto informan al Órgano de contratación de los problemas surgidos, la imposibilidad de enviar los documentos por la PCSP y adjuntan a dicho escrito enviado, mediante correo electrónico, los DEUC subsanados y firmados digitalmente, solicitando consideren subsanados los defectos invalidantes de su oferta, mediante los documentos aportados.

Por su parte, el soporte técnico de la PCSP sugiere al Órgano de contratación que amplíe el plazo de subsanación. Ampliación que se efectúa.

Subsistiendo las dificultades para el envío de los ficheros solicitados, los recurrentes envían al Órgano de contratación comunicación mediante correo electrónico a fin de que libere de presentación aquellas partes del DEUC que no sean necesarias para así rebajar el peso de los archivos. En concreto proponen: *“El día 26 se formularon igualmente consultas al órgano de contratación respecto a determinados extremos que resultan relevantes para la resolución de este recurso. A saber:*

- *Respecto a la inclusión o no del ANEXO VI ya que la herramienta así lo exigía, pero no el requerimiento.*
- *Respecto a los documentos referidos a solvencia adicional.*
- *Respecto a la incorporación de los DEUC requeridos.*
- *Respecto a la firma de los documentos incorporados a la herramienta de la Plataforma”.*

Al margen de las dificultades técnicas que a continuación describimos, el órgano de contratación sugiere, entendemos, para facilitar la subsanación, la no necesidad de firma de los documentos introducidos con el fin de aligerar el peso de los archivos generados. Es por ello por lo que se procedió de esa manera, y tal detalle, el mismo órgano aduce como causa de exclusión”.

El imposible trámite de subsanación transcurrió con dificultades similares a las descritas en apartados anteriores. Tal situación llevo a las recurrentes a enviar informe al Órgano de contratación a las 7:57 horas, minutos antes de la expiración del plazo en el que de forma exhaustiva ponen de manifiesto todas las dificultades técnicas que han sufrido. Se transcribe textualmente la descripción efectuada por los recurrentes en su escrito: *“Tras la secuencia de incidencia descrita, las licitadoras concurrentes aportaron mediante correo electrónico al órgano de contratación en archivo comprimido 10 documentos XML con detalle de su fecha y hora de generación, el peso correspondiente y demás detalles técnicos.*

De igual manera transmitimos toda la información respecto a las incidencias al soporte de la PCSP respondiendo en los mismos términos del pasado día 25”.

Las empresas concurrentes, ante el silencio de la administración, decidieron en la tarde del día 31 de agosto, trasladar al Órgano de contratación los documentos requeridos a través del Registro Electrónico del Ayuntamiento de Madrid.

Debemos en este punto recordar que la documentación subsanada fue enviada por correo electrónico al Órgano de contratación dentro del inicial plazo de

subsanación concedido y a la vista de las dificultades que la plataforma ofrecía para llegar con éxito a la presentación de la documentación requerida.

Por su parte, el Órgano de contratación en su escrito al recurso no hace mención alguna al recibo de los correos electrónicos enviados por la recurrente y que anexaban los documentos subsanados ni a los problemas que durante un mes ha estado notificando, limitándose a comprobar los archivos recibidos a través de la PCSP, en los que indudablemente faltan firmas, por ser estos los contenidos que más peso tienen y que imposibilitaban el envío de los DEUC subsanados.

Completando su acción en fecha 15 de septiembre de 2020, cuando se notificó a la entidad Laborservis Servicios Sociosanitarios S.L., a través del servicio de licitación electrónica de PCSP, la exclusión de la licitación.

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso, la de considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta. (Vid Resolución 47/2013, de 22 de marzo)”.

De dicha jurisprudencia, también se desprende que es esencial que la entidad adjudicadora pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en los documentos de licitación. De ese modo, cuando la entidad adjudicadora no tiene la posibilidad de determinar, de modo rápido y eficaz, a qué corresponde efectivamente

la oferta, no tiene otra elección que rechazarla (Sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartado 34).

Es cierto también, que en el procedimiento de licitación debe regir un principio anti formalista de manera que con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible, no se exijan requisitos excesivamente formales, ni se excluya del procedimiento oferta alguna en el caso de que apreciándose defectos en la misma, estos sean subsanables.

Entiende este Tribunal que la posibilidad de subsanación no se produce en función del tipo de requisito que se trata de acreditar, esto es, no puede afirmarse con carácter general que todos los requisitos de solvencia sean subsanables, ni tampoco que no lo sean aquéllos que se refieren a las ofertas. Antes bien, la condición fundamental para apreciar el carácter subsanable o no de un defecto padecido en la licitación viene dada por los límites que para el antiformalismo del procedimiento suponen el respeto al resto de los principios de la licitación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2015, considera no aplicables los principios formalistas que restrinjan la libre concurrencia: *“una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos”*.

Bien es cierto, que el Órgano de contratación fiel a esta doctrina consolidada, dio la oportunidad a las recurrentes de subsanar la documentación que adolecía de

defectos formales. Pero su acción no debe limitarse a otorgar un plazo desentendiéndose de los problemas que para realizar dicha subsanación está sufriendo el licitador.

Tal y como manifiestan los recurrentes en su escrito, la secuencia descrita no deja lugar a dudas en cuanto a la procedencia con el requisito telemático exigido que ha resultado de imposible cumplimiento al tratarse en las dos ocasiones de defectos técnicos no imputables al licitador, sino al propio sistema de tramitación electrónica de la contratación.

La doctrina y la jurisprudencia es unánime al reafirmar como principio general del derecho, la imposibilidad de exigir obligaciones de cumplimiento imposible, valga por todas la Resolución del TACRC 385/2019, invocada por el recurrente.

En el presente caso la documentación ha sido subsanada, en cuanto el defecto alcanzaba a la firma de los DEUC y de los sobres (archivos) que los contenían a los que añadimos alguna otra cuestión puramente formal. El problema es que esa subsanación no se ha efectuado mediante los requisitos ofimáticos exigidos, no por negligencia de los licitadores sino por imposibilidad técnica manifiesta. En este sentido debemos invocar la Resolución del TACRC 792/2019 de 11 de Julio que respalda esta postura señalando que: *“en relación con la obligación de demostrar que el fallo no es imputable al licitador, como supuesto inicial y básico para presentar reclamaciones mínimamente fundadas, han sido reiteradas las decisiones dictadas por este TACRC, entre las que se menciona, por todas, la reciente Resolución nº 1097/2018, de fecha 30 de noviembre de 2018, cuyo contenido expresamente establece lo siguiente: "En cualquier caso, debe reconocerse en garantía del principio de concurrencia y acceso a la licitación ante la imposibilidad de presentación de las ofertas en el plazo establecido, por causa no imputable al licitador otros medios de presentación o bien la ampliación del plazo para presentar las propuestas" (...). Para lograr el respeto de estos principios de la contratación, reconocidos en el artículo 1 de la LCSP, en el caso de apreciarse problemas técnicos en los sistemas electrónicos que permiten la*

presentación de las propuestas será requisito indispensable que resulte acreditado que el problema no es imputable al propio licitador”.

Como último considerando, añadir que los recurrentes ponen de manifiesto que participan igualmente en proyecto de UTE en el expediente Contrato de servicios que conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía denominado: “Atención especializada a menores en desprotección social y sus familias a través de los centros de atención a la infancia (CAI) en el municipio de Madrid”, para su adjudicación por procedimiento abierto. 300/2020/00280 ante el mismo Órgano de contratación.

Ante los mismos incidentes, la misma casuística, la misma comunicación y algunas otras similitudes, la Mesa se decanta por la admisión, tras el accidentado proceso con la herramienta de la Plataforma, de la documentación en el Registro telemático. Opción que debía haber sido propuesta por la propia Mesa de contratación al recibo del primer aviso del servicio técnico de la PCSP donde se informaba de los problemas y se solicitaba una ampliación del plazo.

Por todo ello, se considera contraía a derecho la actuación de la Mesa de contratación, anulando la exclusión de la oferta.

Este Tribunal, ha comprobado en el perfil de contratante del Órgano de contratación que con fecha 30 de septiembre, conociendo la existencia del recurso que nos incumbe ha procedido a la apertura de los archivos que contienen las ofertas valorables de forma automática y en concreto la oferta económica.

Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 24/2014, de 5 de febrero, en que se examinan los supuestos que implican revelación del secreto de las ofertas o alteración del orden de apertura de las ofertas, y se sienta la doctrina del Tribunal al respecto, que la normativa (apartado 2 del artículo 146 LCSP y artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo) establece claramente que es imprescindible que la valoración de los criterios cuantificables de

forma automática se efectúe con posterioridad a la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, todo ello con la finalidad de evitar que el encargado de la valoración conozca las ofertas económicas de los licitadores antes de haber valorado las ofertas relativas a aquellos criterios de adjudicación que dependen de un juicio subjetivo.

El hecho de que la legislación de contratación pública establezca que la valoración de las ofertas cuya ponderación dependa de un juicio de valor deba realizarse con anterioridad a aquellas evaluables de forma automática, no es una cuestión caprichosa o banal, sino todo lo contrario, pues resulta fundamental para garantizar el respeto a los principios de objetividad e imparcialidad que deben regir la actuación del Órgano de contratación no sólo en la valoración de las ofertas, sino en toda la fase de adjudicación del contrato, pues con ello se evita que en la valoración de los criterios de adjudicación se emita dicho juicio de valor “*mediatizado*”, o, si se prefiere, “*contaminado*” por el conocimiento de las ofertas de carácter económico de los licitantes. Por lo tanto, de vulnerarse el secreto o el orden de apertura de ofertas no cabría otra alternativa que anular el procedimiento de licitación.

Por todo ello, este Tribunal considera improcedente la exclusión de la oferta de la recurrente y habiéndose procedido a la apertura de las ofertas evaluables automáticamente con fecha 30 de septiembre de 2020, solo procede la anulación de todo el procedimiento de contratación, hasta la aprobación por el Órgano de contratación de los pliegos de condiciones y nuevo anuncio de licitación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las representaciones legales de Laborservis Servicios Sociosanitarios S.L., Instituto Safman para la Formación y la Intervención. S.L., Servicios Profesionales y Sociales S.A., empresas en compromiso de UTE, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 10 de septiembre de 2020, por el que se excluye a las recurrentes del procedimiento de licitación del contrato de “Servicios que conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía (Artículo 312 LCSP) denominado Educación Social”, instado por el Ayuntamiento de Madrid. Número de expediente: 300/2020/00407, anulando el procedimiento de licitación tramitado con los límites establecidos en el fundamento quinto de derecho de esta resolución.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal en fecha 1 de octubre de 2020.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.